

Tilburg University

Noot bij: Hoge Raad (2013-11-08)

Jellinghaus, S.F.H.; Huisman, E.G.M.

Publication date:
2013

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Jellinghaus, S. F. H., & Huisman, E. G. M., (2013). *Noot bij: Hoge Raad (2013-11-08)*, No. 13/00490, Nov 08, 2013. (Jurisprudentie in Nederland; Vol. 10, No. p. 1129-1132).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

- 212 ABRvS 11-09-2013; Verwijdering gegevens uit Justitieel Documentatie Systeem. Documenten ter zake dienend. Gegevens ten behoeve van rechtspleging. Ten onrechte zelf voorzien. Finale geschilbeslechting.
- 213 CBb 07-08-2013; Besluit. Bestuursorgaan. Vorderingsrecht publiekrechtelijk van aard. Bevoegdheid.

Arbeidsrecht

189

Hoge Raad
8 november 2013, nr. 13/00490
ECLI:NL:HR:2013:1139
(mr. Numann, mr. Streefkerk, mr. Loth, mr. Heisterkamp, mr. Polak)
Noot E.G.M. Huisman en S.F.H. Jellinghaus

Medezeggenschap. Politiek primaat. Adviesrecht.

Ruime uitleg 'politiek primaat' ex art. 46d WOR. Omstandigheid dat Stadsdeel Zuid bij uitsluiting bevoegd is tot vaststelling begroting, maakt kredietaanvraag tot renovatie De Mirandabad een 'besluit van een democratisch gecontroleerd overheidsorgaan' dat zich onttrekt aan de toetsing van de WOR.

[WOR art. 46d]

(Cassatieberoep van AR 2012-1089.) Op 27 maart 2012 heeft het dagelijks bestuur van Stadsdeel Zuid omtrent het onderwerp 'Kredietaanvraag renovatie De Mirandabad' besloten om aan de deelraad van Stadsdeel Zuid voor te stellen om 'lijn te stemmen met het ter beschikking stellen van het krediet van € 4.060.000,- voor de renovatie van het De Mirandabad'. Op 30 mei 2012 heeft de deelraad die kredietaanvraag aangenomen. De ondernemingsraad heeft zich op het standpunt gesteld dat sprake is van een adviesplichtig voorgenomen besluit in de zin van art. 25 lid 1 aanhef en sub h respectievelijk sub i WOR (belangrijke investering/krediet). Het Stadsdeel Zuid heeft evenwel geweigerd advies te vragen, omdat zij van mening was dat geen sprake is van een adviesplichtig voorgenomen besluit. Voorts voerde het stadsdeel een artikel 46d-verweer (politiek primaat). De Ondernemingskamer verwierp het artikel-46d WOR-verweer en oordeelde dat Stadsdeel Zuid in redelijkheid niet tot haar besluit had kunnen komen. Tegen dit oordeel – en met name de verwerping van het politiek primaat-verweer – keert Stadsdeel Zuid zich in cassatie.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. Voor zover hier relevant, is in de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot art. 46d aanhef en sub b WOR als volgt overwogen. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 46d WOR blijkt onmiskenbaar dat de wetgever 'met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek' (Kamerstukken II 1993/94, 23 551, nr. 3, p. 6) de in dat artikel onder b omschreven besluiten die door democratisch gecontroleerde organen worden genomen van de medezeggenschap ingevolge de WOR heeft willen uitsluiten. De in art. 46d aanhef en sub b WOR neergelegde uitsluiting van het adviesrecht van de ondernemingsraad geldt naar de bedoeling van de wetgever mede om te voorkomen dat besluiten van democratische organen in het kader van het beroepsrecht ingevolge de WOR in aanmerking komen voor toetsing door de rechter (vgl. HR 26 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4735, NJ 2000, 223). De met art. 46d aanhef en sub b WOR beoogde onttrekking van besluiten van democratische organen aan het adviesrecht van de ondernemingsraad en daarmee aan rechterlijke toetsing ingevolge de WOR, geldt niet alleen voor besluiten die tot stand komen als onderdeel van het politieke proces in democratische organen met (mede-)wetgevende bevoegdheid, maar ook voor de desbetreffende besluiten van andere democratisch gecontroleerde overheidsorganen (vgl. HR 1 maart 2002,

ECLI:NL:HR:2002:AD9856, NJ 2002, 295). Uit de parlementaire geschiedenis van art. 46d aanhef en sub b WOR volgt dat niet alleen van belang is welk (soort) orgaan het besluit heeft genomen doch dat ook de aard van het betrokken besluit meeweegt. Tevens blijkt uit de wetgeschiedenis dat de wetgever niet heeft beoogd de ruimte voor de medezeggenschap bij de overheid verder te beperken dan strikt genomen nodig is met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek. Het standpunt dat in beginsel ieder (voorgenomen) besluit dat afkomstig is van een democratisch gecontroleerd orgaan aan de medezeggenschap is onttrokken, is daarmee in strijd (vgl. HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5953, NJ 2005, 380). Een besluit dat als zodanig van dien aard is dat het een politieke afweging vergt van de daaraan verbonden voor- en nadelen, is volgens art. 46d aanhef en sub b WOR aan het adviesrecht van de ondernemingsraad onttrokken (vgl. HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1647, NJ 2007, 102).

In cassatie dient tot onbestreden uitgangspunt dat Stadsdeel Zuid ingevolge hoofdstuk V, paragraaf 2 Gemeentewet en art. 26 van de Amsterdamse Verordening op de stadsdelen, bij uitsluiting bevoegd is, binnen de door de gemeente Amsterdam vastgestelde kaders, tot het inrichten en vaststellen van de begroting van Stadsdeel Zuid en tot het nemen van de daarmee samenhangende krediet- en investeringsbesluiten. Het onderhavige besluit, dat is genomen door de deelraad van Stadsdeel Zuid op voorstel van zijn dagelijks bestuur, is een besluit van een democratisch gecontroleerd overheidsorgaan. Het onderhavige besluit heeft rechtstreeks betrekking op het inrichten en vaststellen van de begroting van Stadsdeel Zuid en op de daarmee samenhangende terbeschikkingstelling van financiële middelen door middel van een krediet, in dit geval ten behoeve van de renovatie van een door Stadsdeel Zuid geëxploiteerd zwembad. Anders dan de Ondernemingskamer in r.o. 3.5 van haar beschikking heeft geoordeeld, is een dergelijk besluit onmiskenbaar van dien aard dat het een politieke afweging vergt van de daaraan verbonden voor- en nadelen. Reeds daarom is sprake van een besluit als bedoeld in art. 46d aanhef en sub b WOR. Gezien de aard van het besluit heeft de Ondernemingskamer in r.o. 3.6 en 3.7 van haar beschikking ten onrechte geoordeeld dat Stadsdeel Zuid ertoe was gehouden om concrete feiten en omstandigheden te stellen en, aan de hand daarvan, aannemelijk te maken dat en op welke wijze het besluit noopte tot politieke afwegingen en keuzes. Waar reeds de aard van het besluit meebracht dat Stadsdeel Zuid met succes een beroep kon doen op het bepaalde in art. 46d aanhef en sub b WOR, was voor een dergelijke verplichting geen plaats. Toepassing van het bepaalde in art. 46d aanhef en sub b WOR brengt mee dat de ruimte voor de medezeggenschap bij Stadsdeel Zuid wordt beperkt. Deze beperking gaat evenwel niet verder dan strikt genomen nodig is met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek dat geldt ten aanzien van de uitoefening door Stadsdeel Zuid van zijn bevoegdheid tot het inrichten en vaststellen van zijn begroting en tot het nemen van daarmee samenhangende krediet- en investeringsbesluiten. De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen, nu na verwijzing geen andere beslissing kan volgen dan afwijzing van de verzoeken van de ondernemingsraad, op de grond dat het besluit een aangelegenheid betreft als bedoeld in art. 46d aanhef en sub b WOR.

Gemeente Amsterdam (meer in het bijzonder haar Stadsdeel Zuid), zetelende te Amsterdam,
Verzoekster tot cassatie,
advocaten: mr. F.E. Vermeulen en mr. B.F. Assink,
tegen
de Ondernemingsraad van de Gemeente Amsterdam (meer speciaal haar Stadsdeel Zuid), gevestigd te Amsterdam,
Verweerster in cassatie,
advocaat: mr. R.A.A. Duk.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Stadsdeel Zuid en de Ondernemingsraad.

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instantie

Voor het verloop van het geding in feitelijke instantie verwijst de Hoge Raad naar de beschikking in de zaak 200.113.225/01 OK van de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam van 31 oktober 2012.

De beschikking van de ondernemingskamer is aan deze beschikking gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen de beschikking van de ondernemingskamer heeft Stadsdeel Zuid beroep in cassatie ingesteld.

Het cassatierekest is aan deze beschikking gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Ondernemingsraad heeft verzocht het beroep te verwerpen. De conclusie van de Advocaat-Generaal in buitengewone dienst A. Hammerstein strekt tot vernietiging van de bestreden beschikking.

De advocaat van de Ondernemingsraad heeft bij brief van 27 september 2013 op die conclusie gereageerd.

3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Stadsdeel Zuid is een deelgemeente van de gemeente Amsterdam als bedoeld in Hoofdstuk V, paragraaf 2, Gemeentewet.

(ii) Op 27 maart 2012 heeft het dagelijks bestuur van Stadsdeel Zuid omtrent het onderwerp 'Kredietaanvraag renovatie De Mirandabad' besloten om aan de deelraad van Stadsdeel Zuid voor te stellen om in te stemmen met 'het ter beschikking stellen van het krediet van € 4.060.000,- voor de renovatie van het De Mirandabad'.

(iii) Op 30 mei 2012 heeft de deelraad besloten het voorstel van het dagelijks bestuur met betrekking tot het onderwerp 'Kredietaanvraag renovatie De Mirandabad' aan te nemen (hierna: het besluit).

(iv) De Ondernemingsraad heeft Stadsdeel Zuid verzocht het besluit ter advisering aan hem voor te leggen, op de grond dat het hier gaat om een belangrijke investering en tevens het aantrekken van een belangrijk krediet, en derhalve om een besluit in de zin van art. 25 lid 1, aanhef en onder h, respectievelijk onder i, WOR.

(v) Stadsdeel Zuid heeft zich op het standpunt gesteld dat het besluit niet adviesplichtig is en heeft geweigerd advies te vragen.

3.2.1 De Ondernemingsraad heeft de ondernemingskamer verzocht om, zakelijk weergegeven, (i) te verklaren dat Stadsdeel Zuid niet in redelijkheid tot het bestreden besluit heeft kunnen komen, (ii) Stadsdeel Zuid de verplichting op te leggen om het besluit in te trekken alsmede alle gevolgen van het besluit ongedaan te maken, en (iii) Stadsdeel Zuid te verbieden om handelingen te verrichten ter uitvoering van het besluit of onderdelen daarvan.

3.2.2 Bij wege van verweer heeft Stadsdeel Zuid aangevoerd – voor zover in cassatie van belang – dat het besluit een aangelegenheid betreft als bedoeld in art. 46d, aanhef en onder b, WOR (het zogenaamd 'politiek primaat'), zodat Stadsdeel Zuid niet verplicht was advies te vragen.

3.2.3 In haar beschikking heeft de ondernemingskamer vooropgesteld dat partijen de gemeente Amsterdam beschouwen als de ondernemer en (het organisatorisch verband van) Stadsdeel

Zuid als de onderneming, een en ander in de zin van artikel 1, aanhef en onder d, respectievelijk onder c, WOR (rov. 3.1, eerste alinea).

Voorts heeft de ondernemingskamer aangenomen dat het beroep van de Ondernemingsraad betrekking heeft op het (hiervoor in 3.1 onder (iii) genoemde) besluit van de deelraad van Stadsdeel Zuid van 30 mei 2012 om de 'Kredietaanvraag renovatie De Mirandabad' als beschreven in het desbetreffende (hiervoor in 3.1 onder (ii) genoemde) voorstel van het dagelijks bestuur van Stadsdeel Zuid van 27 maart 2012, 'aan te nemen', terwijl dit besluit geacht moet worden niet alleen betrekking te hebben op de financiering maar mede op de renovatie als zodanig (rov. 3.1, tweede alinea).

3.2.4 De ondernemingskamer heeft de verweren van Stadsdeel Zuid verworpen en geoordeeld dat Stadsdeel Zuid bij afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Voorts heeft de ondernemingskamer Stadsdeel Zuid de verplichting opgelegd om het besluit in te trekken en Stadsdeel Zuid verboden om handelingen te verrichten of te doen verrichten ter uitvoering van het besluit of onderdelen daarvan.

3.2.5 Met betrekking tot het verweer van Stadsdeel Zuid dat het besluit een aangelegenheid betreft als bedoeld in art. 46d, aanhef en onder b, WOR, heeft de ondernemingskamer als volgt overwogen:

'3.5 De Ondernemingskamer oordeelt hierover als volgt. Anders dan Stadsdeel Zuid kennelijk meent is de omstandigheid, dat het hier gaat om een besluit genomen door een democratisch gekozen orgaan, op zichzelf niet voldoende om te concluderen dat het besluit de publiekrechtelijke vaststelling van taken van publiekrechtelijke lichamen en onderdelen daarvan of het beleid ten aanzien van en de uitvoering van die taken als bedoeld in artikel 46d aanhef en sub b WOR betreft. Het feit dat het besluit betrekking heeft op 'de renovatie van onder haar beheer vallende sportvoorzieningen en het beschikbaar stellen van gelden daarvoor' en daarmee tevens betrekking heeft op 'de verdeling van haar financiële middelen' maakt dat niet anders. De opvatting van Stadsdeel Zuid zou er toe leiden dat de medezeggenschap bij de overheid verder zou worden beperkt dan strikt genomen nodig is met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer gaat het hier ook niet om een besluit dat als zodanig van dien aard is dat het een politieke afweging vergt van de voor- en nadelen ervan.

3.6 Mogelijk heeft Stadsdeel Zuid ook willen betogen dat de besluitvorming door de deelraad steeds of doorgaans een politieke is. Ook een dergelijke algemene notie is echter niet voldoende. Om aan te nemen dat de uitzondering van artikel 46d aanhef en onder b WOR van toepassing is, dient de ondernemer concrete omstandigheden, waaruit (bijvoorbeeld) blijkt dat het besluit gepaard gaat met een verschuiving van politieke taken of verantwoordelijkheden en/of is ingegeven door politieke overwegingen, te stellen op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat het in het te beoordelen geval met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek inderdaad noodzakelijk is de medezeggenschap te beperken. Dergelijke concrete omstandigheden ontbreken echter in de stellingen van Stadsdeel Zuid en zijn de Ondernemingskamer ook niet anderszins gebleken.

3.7 Bij haar voorgaande oordeel heeft de Ondernemingskamer voorts het volgende in aanmerking genomen. De enkele omstandigheid dat Stadsdeel Zuid, op grond van zijn autonome bestuursbevoegdheid, de huishouding van het stadsdeel regelt en bestuurt noopt nog niet tot de conclusie dat met het besluit van de deelraad tot renovatie van het De Mirandabad (kenne-

lijk) sprake is van de publiekrechtelijke vaststelling van een taak van Stadsdeel Zuid, van de uitvoering daarvan of van beleid terzake. Ook indien wordt aangenomen dat het besluit van de gemeente Amsterdam in het verleden om een zwembad te bouwen en te exploiteren, berustte op politieke afwegingen en keuzes bij de uitoefening van haar publiekrechtelijke taak, houdt dit niet zonder meer in dat het nu genomen besluit tot renovatie – eveneens – op zodanige (hernieuwde) politieke afwegingen en keuzes berust. Gelet ook op de aard van het besluit is evenzeer voorstelbaar dat het niet (mede) op grond van politieke afwegingen wordt gemaakt. Het heeft op de weg van Stadsdeel Zuid gelegen om met concrete feiten en omstandigheden inzichtelijk, en daardoor in zoverre toetsbaar, te maken dat en op welke wijze politieke afwegingen en keuzes (ook thans) hebben plaatsgevonden.'

3.3 Het middel keert zich met rechts- en motiveringsklachten tegen het hiervoor in 3.2.5 weergegeven oordeel van de ondernemingskamer.

3.4.1 Artikel 46d, aanhef en onder b, WOR bepaalt dat voor de toepassing van art. 23 lid 2 WOR onder de aangelegenheden de onderneming betreffende niet zijn begrepen 'de publiekrechtelijke vaststelling van taken van publiekrechtelijke lichamen en onderdelen daarvan, noch het beleid ten aanzien van en de uitvoering van die taken, behoudens voor zover het betreft de gevolgen daarvan voor de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen'.

3.4.2 Voor zover hier relevant is in de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot art. 46d, aanhef en onder b, WOR als volgt overwogen.

Uit de parlementaire geschiedenis van art. 46d WOR blijkt onmiskenbaar dat de wetgever 'met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek' (Kamerstukken II 1993-1994, 23 551, nr. 3, p. 6) de in dat artikel onder b omschreven besluiten die door democratisch gecontroleerde organen worden genomen van de medezeggenschap ingevolge de WOR heeft willen uitsluiten. De in art. 46d, aanhef en onder b, WOR neergelegde uitsluiting van het adviesrecht van de ondernemingsraad geldt naar de bedoeling van de wetgever mede om te voorkomen dat besluiten van democratische organen in het kader van het beroepsrecht ingevolge de WOR in aanmerking komen voor toetsing door de rechter (vgl. HR 26 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4735, NJ 2000/223).

De met art. 46d, aanhef en onder b, WOR beoogde onttrekking van besluiten van democratische organen aan het adviesrecht van de ondernemingsraad en daarmee aan rechterlijke toetsing ingevolge de WOR, geldt niet alleen voor besluiten die tot stand komen als onderdeel van het politieke proces in democratische organen met (mede-)wetgevende bevoegdheid, maar ook voor de desbetreffende besluiten van andere democratisch gecontroleerde overheidsorganen (vgl. HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9856, NJ 2002/295).

Uit de parlementaire geschiedenis van art. 46d, aanhef en onder b, WOR volgt dat niet alleen van belang is welk (soort) orgaan het besluit heeft genomen doch dat ook de aard van het betrokken besluit meeweegt. Tevens blijkt uit de wetgeschiedenis dat de wetgever niet heeft beoogd de ruimte voor de medezeggenschap bij de overheid verder te beperken dan strikt genomen nodig is met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek. Het standpunt dat in beginsel ieder (voorgenomen) besluit dat afkomstig is van een democratisch gecontroleerd orgaan aan de medezeggenschap is onttrokken, is daarmee in strijd (vgl. HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5953, NJ 2005/380).

Een besluit dat als zodanig van dien aard is dat het een politieke afweging vergt van de daaraan verbonden voor- en nadelen, is

volgens art. 46d, aanhef en onder b, WOR aan het adviesrecht van de ondernemingsraad onttrokken (vgl. HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1647, NJ 2007/102).

3.4.3 In cassatie dient tot onbestreden uitgangspunt dat Stadsdeel Zuid ingevolge Hoofdstuk V, paragraaf 2, Gemeentewet en art. 26 van de Amsterdamse Verordening op de stadsdelen, bij uitsluiting bevoegd is, binnen de door de gemeente Amsterdam vastgestelde kaders, tot het inrichten en vaststellen van de begroting van Stadsdeel Zuid en tot het nemen van de daarmee samenhangende krediet- en investeringsbesluiten. Het onderhavige besluit, dat is genomen door de deelraad van Stadsdeel Zuid op voorstel van zijn dagelijks bestuur, is een besluit van een democratisch gecontroleerd overheidsorgaan.

3.4.4 Het onderhavige besluit heeft rechtstreeks betrekking op het inrichten en vaststellen van de begroting van Stadsdeel Zuid en op de daarmee samenhangende terbeschikkingstelling van financiële middelen door middel van een krediet, in dit geval ten behoeve van de renovatie van een door Stadsdeel Zuid geëxploiteerd zwembad. Anders dan de ondernemingskamer in rov. 3.5 van haar beschikking heeft geoordeeld, is een dergelijk besluit onmiskenbaar van dien aard dat het een politieke afweging vergt van de daaraan verbonden voor- en nadelen. Reeds daarom is sprake van een besluit als bedoeld in art. 46d, aanhef en onder b, WOR.

Gezien de aard van het besluit heeft de ondernemingskamer in rov. 3.6 en 3.7 van haar beschikking ten onrechte geoordeeld dat Stadsdeel Zuid ertoe was gehouden om concrete feiten en omstandigheden te stellen en, aan de hand daarvan, aannemelijk te maken dat en op welke wijze het besluit noopt tot politieke afwegingen en keuzes. Waar reeds de aard van het besluit meebrengt dat Stadsdeel Zuid met succes een beroep kon doen op het bepaalde in art. 46d, aanhef en onder b, WOR, was voor een dergelijke verplichting geen plaats.

3.4.5 Toepassing van het bepaalde in art. 46d, aanhef en onder b, WOR brengt mee dat de ruimte voor de medezeggenschap bij Stadsdeel Zuid wordt beperkt. Deze beperking gaat evenwel niet verder dan strikt genomen nodig is met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek dat geldt ten aanzien van de uitoefening door Stadsdeel Zuid van zijn bevoegdheid tot het inrichten en vaststellen van zijn begroting en tot het nemen van daarmee samenhangende krediet- en investeringsbesluiten.

3.5 Hetgeen hiervoor is overwogen brengt mee dat de klachten van het middel doel treffen. De bestreden beschikking kan niet in stand blijven.

De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen, nu na verwijzing geen andere beslissing kan volgen dan afwijzing van de verzoeken van de Ondernemingsraad, op de grond dat het besluit een aangelegenheid betreft als bedoeld in art. 46d, aanhef en onder b, WOR.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de beschikking van de ondernemingskamer van 31 oktober 2012, en wijst de verzoeken van de Ondernemingsraad af.

NOOT

1. Het primaat van de politiek blijft de gemoederen bezighouden. En dat zal naar aanleiding van deze uitspraak wel niet anders blijven. Dat een primaat van de politiek bestaat, staat buiten kijf. Een aspect dat de Hoge Raad reeds in de uitspraak ter zake onder meer de herindeling rondom Leidschendam heeft uitgemaakt (HR 26 januari 2000, «JAR» 2000/30). Sedertdien is

in de rechtspraak telkens de vraag aan de orde geweest: maar tot hoever reikt dit politieke primaat? Het blijft een interessant gegeven, ook vanuit een bestuurskundig en politologisch perspectief (zie hieromtrent nader E. Huisman, S.F.H. Jellinghaus en B. Vermaak, 'OR en het politiek primaat', *Vakmedianet* 2013).

2. Het is telkens de Ondernemingskamer die aan de hand van casuïstiek invulling moet geven aan het begrip 'primaat van de politiek' zoals verwoord in art. 46d WOR. In de uitspraak van 31 oktober 2012, «JAR» 2013/29, heeft de Ondernemingskamer wederom getracht om invulling aan het begrip te geven. Centraal in die uitspraak stond de vraag of het besluit van het dagelijks bestuur van Stadsdeel Zuid van de Gemeente Amsterdam om ruim € 4 miljoen ter beschikking te stellen voor de renovatie van een zwembad ter advisering aan de ondernemingsraad voorgelegd had moeten worden. Het dagelijks bestuur had zich, onder verwijzing naar art. 46d WOR en 108 Gemeentewet, op het standpunt gesteld dat sprake was van primaat van de politiek, omdat het besluit ziet op beleid betreffende een deel van de aan de gemeente opgedragen publiekrechtelijke taak. De Ondernemingskamer oordeelt dat het enkele feit dat het besluit is genomen door een democratisch gekozen orgaan niet voldoende is om te concluderen dat sprake is van primaat van de politiek. Dit geldt ook voor de omstandigheid dat het besluit tevens betrekking heeft op de verdeling van de financiële middelen van het stadsdeel. De Ondernemingskamer oordeelt dat het hier niet gaat om een besluit dat van dien aard is dat het een politieke afweging vergt van voor- en nadelen. Vervolgens oordeelt de Ondernemingskamer dat voor het aannemen van politiek primaat de ondernemer concrete omstandigheden dient te stellen, waaruit zou blijken dat het besluit gepaard gaat met een verschuiving van politieke taken of verantwoordelijkheden en/of is ingegeven door politieke overwegingen. Kortom, een bewijsopdracht aan het overheidsorgaan.

3. Deze redenering is thans door de Hoge Raad gecasseerd. Naar onze mening terecht. Immers, de benadering van de Ondernemingskamer volgt niet uit de wet, de wetsgeschiedenis en ligt niet in de lijn die de Hoge Raad heeft uitgezet. Wij memoreren in dat kader met name ook aan de uitspraak ter zake de rijksrecherche (HR 1 maart 2002, «JAR» 2002/116). In deze kwestie kwam het hoogste rechtscollege tot het oordeel dat ook een reorganisatie binnen de rijksrecherche valt onder het primaat van de politiek. Duidelijk is dat in een dergelijk geval niet direct sprake is van politieke afwegingen. Deze uitspraak moet dan ook in deze lijn worden gezien.

4. Desalniettemin is het jammer dat de Hoge Raad zijn taak als gids niet oppikt en nog altijd de rechtspraak niet de nodige zekerheid verschaft. Immers, tot op heden heeft de Hoge Raad geen enkele maal aangegeven dat er géén sprake zou zijn van een primaat van de politiek. Wanneer zou hiervan geen sprake kunnen zijn? Wel wordt wederom door de Hoge Raad de frase herhaald dat het primaat van de politiek niet oneindig is: "Deze beperking gaat evenwel niet verder dan strikt genomen nodig is met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek".

5. Thans kan de stelling worden ingenomen dat het in de uitspraken van de Hoge Raad tot op heden eigenlijk altijd ging om financiële aangelegenheden. Begrotingsaangelegenheden zijn in beginsel uiteraard aan de politiek voorbehouden. Denk bijvoorbeeld aan het recht van het college van burgemeester en wethouders om de inrichting van de gemeente te regelen (zie Gemeentewet). Hieronder kan op zichzelf nagenoeg ieder besluit worden geschoven dat wordt genomen door het college.

6. Maar zoals de Ondernemingskamer ook terecht opmerkt kan men zich afvragen of er achter elk besluit ter zake een financiële aangelegenheid sprake is van een politieke afweging. Uiteindelijk hebben immers (bijna) alle besluiten financiële consequenties.

Men zou dan dus tot de conclusie komen dat alle besluiten van overheidsorganen onder het primaat van de politiek vallen. Dit kan de bedoeling niet zijn, gegeven het feit dat de beperking van het primaat van de politiek niet verder reikt dan strikt genomen nodig is. Dat dit niet het geval is blijkt ook uit de uitspraak van de Ondernemingskamer van 27 april 2000 (*DOR Ministerie Verkeer en Waterstaat*), «JAR» 2000/118, waarin de Ondernemingskamer de nadruk lijkt te leggen op de vraag of er sprake is van uitvoering van materiële wetgeving of dat er sprake is van een keuze van intern-organisatorische aard. De Hoge Raad heeft zich tot op heden echter niet zo helder uitgelaten over de grens van het politieke primaat. Een gemiste kans onzes inziens. 7. Daarbij mag niet worden vergeten dat de ondervanging van personele gevolgen niet onder het primaat van de politiek valt, zie art. 46d sub b slot: "behoudens voor zover het betreft de gevolgen daarvan voor de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen". In het *Van Mesdag*-arrest (HR 9 februari 2007, «JAR» 2007/72) wordt door de Hoge Raad duidelijk aangegeven dat de formele politieke besluitvorming kan worden genomen zonder het advies van de ondernemingsraad af te wachten. Derhalve wordt ook hiermee de beïnvloeding door de ondernemingsraad bevestigd.

8. De praktijk wijst uit dat de soep niet zo heet wordt gegeten. Ondernemingsraden binnen het publieke domein ontvangen adviesaanvragen en kunnen daarbij ook hun beïnvloeding laten gelden. Illustratief hiervoor is bijvoorbeeld de *Circulaire uitvoering Overeenkomst Sociaal Beleid Rijk: van werk naar werk* (VWNW) beleid zoals die geldt sedert april 2013 binnen de sector Rijk. In het VWNW-beleid en de naar aanleiding daarvan opgestelde concept-AMvB is onder meer opgenomen dat het contourenplan ter advisering aan de ondernemingsraad wordt voorgelegd. Daarnaast mag ook niet worden vergeten dat bij het doorvoeren van organisatorische veranderingen doorgaans ook het georganiseerd overleg moet worden geraadpleegd, waarbij regelmatig het overeenstemmingsbeginsel geldt.

9. Het zogenoemde 'primaat van de politiek' is ook terug te vinden in art. 23 lid 2 WOR voor zover het zelfstandige bestuursorganen betreft. De vraag is in hoeverre deze rechtspraak van de Hoge Raad ook hierop kan worden toegepast. Het probleem hierbij is dat dergelijke ZBO's niet direct politiek worden gecontroleerd. De politiek kan doorgaans alleen via de financiering of de benoeming invloed op het beleid uitoefenen. Het door de Ondernemingskamer gehanteerde criterium is dan ook binnen deze context niet toepasbaar. Wij zijn van mening dat het criterium dat de Hoge Raad thans hanteert integraal wel toepasbaar is op deze groep van zelfstandige bestuursorganen. Ook hun bestuursrechtelijke vrijheid is niet absoluut.

10. Geconstateerd kan worden dat de rechtspraak weer terug is bij af. Het thans gehanteerde criterium door de Hoge Raad is gelijk aan hetgeen werd gehanteerd in de *P-direct*-zaak, Hoge Raad 20 mei 2005, «JAR» 2005/156. Er kan weer worden geprocedeerd.

E.G.M. Huisman
S.F.H. Jellinghaus
De Voort advocaten mediators

190

Kantonrechter Groningen
9 oktober 2013, nr. 556231 – CV EXPL 12-8895
ECLI:NL:RBNNE:2013:6183
(mr. Van den Noort)
Noot E.M.C. Melis

Overgang van onderneming. Aanstelling bij onderdeel. Bewijslevering.

Overgang van onderneming sportcomplex, waarvan zwembad onderdeel uitmaakt. Vraag is of werknemers zijn aangesteld bij sporthal of slechts bij het zwembad. Bewijslevering.

[BW art. 7:662, 7:663]

Werknemer X is in 1976 in dienst getreden en werkzaam als zweminstructeur bij zwembad De Scharlakenhof. In 1980 is dit een gemeentelijk zwembad geworden en is werknemer X in dienst getreden van de gemeente. Werknemer Y is sinds 1991 in dienst van de gemeente. Op 1 april 1995 heeft de gemeente de exploitatie van het sportcomplex geprivatiseerd. Daartoe is Sportfondsen Haren opgericht. Het personeel is in dienst getreden van Sportfondsen Haren. Tussen de gemeente en Sportfondsen Haren is een huur-overeenkomst gesloten. Met ingang van 4 november 2011 is het zwembad gesloten in verband met asbestsaneringswerkzaamheden. De gemeente heeft de huurovereenkomst met Zwembad Haren (voorheen Sportfondsen Haren) met ingang van 1 februari 2012 ontbonden en de exploitatie van de sporthal overgenomen. Centrale vraag is of sprake is van een overgang van onderneming en de werknemers met ingang van 1 februari 2012 in dienst zijn van de gemeente.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Gelet op jurisprudentie van het Hof van Justitie (o.a. HvJ EG 17 december 1987 (Ny Mølle Kro); HvJ EG 5 mei 1988, NJ 1989, 712 (Besi Mill); en HvJ EG 14 september 2000, «JAR» 2000/225 (Collino & Chiappero/Telecom Italia)), is in het onderhavige geval voldaan aan het overeenkomstvereiste. Tussen de gemeente en Zwembad Haren was immers sprake van een contractuele betrekking, te weten een huur-overeenkomst voor de huur van het sportcomplex. Niet in geschil is dat het sportcomplex een economische eenheid is. Ten aanzien van het identiteitsbehoud wordt onder verwijzing naar het Spijkers-arrest (HvJ EG 18 maart 1986, NJ 1987, 502) geoordeeld dat (slechts) ten aanzien van het onderdeel sporthal de identiteit na 1 februari 2012 bewaard is gebleven, aangezien vaststaat dat de gemeente de exploitatie daarvan direct heeft voortgezet nadat Zwembad Haren de sleutels van het sportcomplex had ingeleverd. Van het zwembad was immers sinds november 2011 vanwege asbest gesloten. Het was maar de vraag of, en zo ja onder welke condities het zwembad weer geopend zou worden.

Nu alleen voor de sporthal een overgang van onderneming is komen vast te staan, is de vraag of de werknemers zijn aangesteld bij de sporthal. Vast staat dat Zwembad Haren tot 1 februari 2012 het gehele sportcomplex met uitzondering van de horecagelegenheid, dus zowel het zwembad als de sporthal exploiteerde. Werknemer X was bij Zwembad Haren in dienst als Senior Zwemonderwijzer maar stelt dat slechts 20% van zijn werkzaamheden alleen met het zwembad verband hield. Werknemer Y was bij Zwembad Haren aangesteld als locatiemanager en stelt dat 50% van haar werkzaamheden alleen aan het zwembad kan worden toegerekend.

Werknemers hebben bewijs geleverd voor hun stellingen. De gemeente wordt in de gelegenheid gesteld tegenbewijs te leveren. Het verweer van de gemeente dat de arbeidsovereenkomsten na de overgang van rechtswege zijn verbroken omdat de Nederlandse wetgeving een arbeidsovereenkomst met de gemeente niet toestaat, faalt. De Nederlandse wetgeving verplicht niet tot het ontslag van gedepriveerde werknemers. De gemeente zal dan ook, indien na bewijslevering komt vast te staan dat ten aanzien van de werknemers sprake is van overgang van onderneming als bedoeld in art. 7:663 BW, de op 1 februari 2012 bestaande arbeidsovereenkomsten moeten eerbiedigen. Of zij vervolgens op privaatrechtelijke dan wel op publiekrechtelijke wijze vervolg aan deze arbeidsovereenkomsten moet geven, staat in deze procedure niet ter beoordeling.

1. [eiser 1], wonende te [woonplaats],
2. [eiser 2], wonende te [woonplaats],
eisers, hierna gezamenlijk [eisers], dan wel [eiser 1] en/of [eiser 2] te noemen
gemachtigde: mr. R. Sauer, advocaat te Zoetermeer,
tegen
de publiekrechtelijke rechtspersoon
Gemeente Haren, zetelend te (9751 AN) Haren, kantoorhoudend aan het Raadhuisplein 10,
gedaagde, hierna de Gemeente te noemen,
gemachtigden: mr. K.E. de Vries en mr. dr. M. Kremer, beide advocaat te Groningen.

Kantonrechter:

Procesgang

De procesgang blijkt uit het volgende:

- dagvaarding,
- conclusie van antwoord,
- conclusie van repliek,
- conclusie van dupliek.

De kantonrechter heeft kennisgenomen van de door partijen in het geding gebrachte producties.

De Wet herziening gerechtelijke kaart is op 1 januari 2013 in werking getreden. De rechtbanken Assen, Groningen en Leeuwarden vormen met ingang van die datum tezamen de nieuwe rechtbank Noord-Nederland. Het rechtsgebied van deze rechtbank beslaat de provincies Drenthe, Fryslân en Groningen. De zaak wordt daarom verder behandeld en beslist door de rechtbank Noord-Nederland.

Overwegingen

1 De vaststaande feiten

1.1. Als gesteld en erkend, dan wel niet (gemotiveerd) weersproken, alsmede op grond van de in zoverre onbetwiste inhoud van de overgelegde producties staat het volgende vast.

1.2. [eiser 1] is op [begin] 1976 als zweminstructeur gaan werken bij zwembad De Scharlakenhof te Haren, vanaf 1 mei 1976 op grond van een arbeidsovereenkomst met de NV Sportfondsen-bad Haren.

1.3. Op 1 januari 1980 is zwembad De Scharlakenhof een gemeentelijk zwembad geworden en is [eiser 1] in de functie van zwemonderwijzer als ambtenaar in vaste dienst van de Gemeente aangesteld.

1.4. In de jaren daarna heeft de Gemeente zwembad De Scharlakenhof uitgebreid tot sportcentrum Scharlakenhof (hierna: het sportcomplex), met onder meer een zwembad, een sporthal en een horecagelegenheid.

1.5. [eiser 2] is op [medio]1991 basis van een arbeidsovereenkomst in dienst getreden bij de Gemeente.